

Sygn. akt: KIO 1069/20

Sygn. akt: KIO 1099/20

WYROK
z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18.05.2020 r. przez **ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa (Sygn. akt KIO 1069/20)**
- B. w dniu 19.05.2020 r. przez **G. K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. P.R.B. REMBUD, ul. G. Narutowicza 7, 05-120 Legionowo (sygn. akt KIO 1099/20)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 3964, ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa**

przy udziale:

- A. **S. J. M., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. FUH INSTAL-BUD, Nowe Wypychy 20, 07-206 Somianka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1069/20 i KIO 1099/20 po stronie zamawiającego
- B. **G. K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. P.R.B. REMBUD, ul. G. Narutowicza 7, 05-120 Legionowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1069/20 po stronie zamawiającego
- C. **ROKOM Sp. z o. o., ul. Karnicka 20, 03-162 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1099/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie ROKOM Sp. z o. o w zakresie części I zamówienia publicznego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej złożonej przez FUH INSTAL-BUD S. J. M. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty i odrzucenie ofert wykonawców: FUH INSTAL-BUD S. J. M., Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane REMBUD G. K. oraz BUDMAX T. Z. oraz nakazuje przyznanie punktacji zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert.

1B. uwzględnia odwołanie ROKOM Sp. z o. o w zakresie części II zamówienia publicznego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlanego REMBUD G. K. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie ofert wykonawców: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlanego REMBUD G. K. oraz PLONIX W. T. P. K. s.c.

2A. uwzględnia odwołanie Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego REMBUD G. K. w zakresie części I zamówienia publicznego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez FUH INSTAL-BUD S. J. M. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty FUH INSTAL-BUD S. J. M..

3. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową nr 3964, ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **ROKOM Sp. z o. o. oraz P.R.B. REMBUD G. K.** tytułem wpisów od odwołań,

3.2 zasądza od **Jednostki Wojskowej nr 3964, ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa** na rzecz **ROKOM Sp. z o. o.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

3.3 zasądza od **Jednostki Wojskowej nr 3964, ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa** na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego REMBUD G. K.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 3964 - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na remont dróg i placów w kompleksach administrowanych przez JSW3964. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na część I i II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 lutego 2020r, nr 513109-N-2020.

W dniu 18 maja oraz 19 maja br. Wykonawcy, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: Rokom sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane Rembud G. K. wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w zakresie czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących części I i II przedmiotowego zamówienia publicznego.

Sygn. akt KIO 1069/20

Odwołujący - ROKOM Sp. z .o.o. - wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

w części I:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej - FUH INSTAL-BUD S. J. M. i zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty FUH INSTAL-BUD pomimo, że oferta ta jest ofertą niezgodną z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty „BUDMAX” T. Z., pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ,
3. wadliwej i zaniżonej punktacji w zakresie oferty Odwołującego,

z ostrożności zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane REMBUD także z dodatkowych przyczyn poza podniesionymi przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji z dnia 14.05.br. pomimo, że oferta ta jest ofertą niezgodną z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny , a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SIWZ ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania,

w części II:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty - Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane REMBUD i:
 - a. zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty REMBUD pomimo, że oferta ta jest ofertą niezgodną z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny , a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 - b. zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty REMBUD pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
 - c. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy REMBUD pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej
2. zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty PLONIX W. T. P. K. Spółka Cywilna, pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał aby było inaczej, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SIWZ ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w odniesieniu do Części nr 2.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, że w postępowaniu przyjęto metodę rozliczenia kosztorysowego i obowiązkiem wykonawców było obliczenie ceny oferty przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej. Zamawiający poinstruował wykonawców w jaki sposób wypełnić kosztorys ofertowy i wskazał w pkt 13 opis sposobu obliczenia ceny.

W zakresie zarzutów dotyczących części I postępowania o zamówienie publiczne, Odwołujący podniósł, że w postępowaniu zarówno FUH INSTAL-BUD jak i REMBUD złożyli wraz z ofertą kosztorysy ofertowe, które potwierdzają, że zastosowana dla ustalenia ceny oferty stawka godzinowa roboczogodziny jest stawką niezgodną z obowiązującymi przepisami i rażąco zaniżoną. Stawki roboczogodziny obydwu wykonawców są stawkami niezgodnymi z obowiązującymi przepisami na poziomie 10 i 12 zł za 1 roboczogodzinę. Wg Odwołującego stawka ta to min. 21,65zł. W postępowaniu obydwaj wykonawcy posłużyli się w celu kalkulacji oferty stawką godzinową wprost niezgodną z powołaną powyżej ustawą i określonym na jej podstawie wynagrodzeniu, które ma charakter minimalnego. Złożenie oferty - sporządzenie kosztorysu ofertowego z przyjęciem stawek niezgodnych z przepisami o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp jako czyn nieuczciwej konkurencji i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Ponadto Odwołujący wskazał, że wszystkie pozycje kosztorysowe w kosztorysach wykonawcy BUDMAX zawierają wyłącznie koszty bezpośrednie i nakłady rzeczowe, a jednocześnie nie uwzględniają i pomijają całkowicie wymagane narzuty takie jak: koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów oraz zysk. Skoro kosztorys ofertowy i żadna pozycja tego kosztorysu nie zawierają w wycenie koniecznych narzutów oznacza to, że wycena kosztorysowa nie uwzględnia takich narzutów. W tej sytuacji należy stwierdzić, że niezgodność treści oferty wykonawcy BUDMAX z treścią SIWZ polega na pominięciu w wycenie wymaganych narzutów. Wycena pomija jakkolwiek narzut Kosztu zakupu materiałów i nie wykazuje uzyskania przez wykonawcę jakiegokolwiek zysku. Niezgodność powyższa w odniesieniu do kosztorysu BUDMAX nie może zostać usunięta przez uzupełnienie kosztorysu - jako elementu treści oferty nieuzupełnianego na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.

W zakresie punktacji przyznanej Odwołującemu, wskazał, że oferta Agbud Group Sp. z o.o. Sp.k. z ceną 942 548,28 zł otrzymała punktację 86,01pkt czyli wyższą niż oferta Odwołującego z ceną 902 864,45zł - 85,62pkt. Poprawna ilość punktów dla oferty Odwołującego w części nr 1 powinna wynosić 88,04 pkt. Powyższa wada w obliczeniach na dzień dzisiejszy powoduje, że oferta Agbud w rankingu jest przed ofertą Odwołującego, podczas gdy powinna być za nim w tym rankingu. Będzie to miało wpływ na wynik postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania.

W zakresie części II zamówienia, Odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany REMBUD zastosował stawkę roboczogodziny pracy personelu w wysokości 12zł i odwołał się w tym zakresie do argumentacji dotyczącej tego zarzutu w części 1.

Ponadto wskazał, że w postępowaniu wykonawca REMBUD złożył wraz z ofertą kosztorys, w którym w poz. 43 oraz 44, dodał dodatkowy nakład materiałowy podczas gdy wycenie w obydwu pozycjach miała podlegać wyłącznie robocizna, co było niezgodne z wymaganiami SIWZ, w których zamawiający nie dopuścił do jakichkolwiek zmian przekazanym kosztorysie inwestorskim.

Odnosnie złożonego przez wykonawcę REMBUD dokumentu polisy OC, Odwołujący podniósł, że złożony przez tego wykonawcę dokument nie potwierdza, że na dzień złożenia ofert w postępowaniu wykonawca posiadał ubezpieczenie OC spełniające warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca, ubiegając się o zamówienie w zakresie Części 2 zamówienia musiał wykazać się posiadaniem ubezpieczenia OC na sumę co najmniej 700 000 zł. Zgodnie z SIWZ weryfikacja powyższego warunku miała nastąpić na podstawie polisy wraz z dowodem opłacenia składki. Wykonawca wybrany w Części 2 - REMBUD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 2 Pzp złożył polisę OC wystawioną po terminie

składania ofert w postępowaniu i dotyczącą okresu ubezpieczenia - 27.04.2020-26.04.2021, a zatem nie wykazał, że na dzień składania ofert miał opłaconą i aktualną polisę OC.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia z postępowania oferty PLONIX, pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał w dniu 9.03.2020r. wykonawcę PLONIX do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty mając na uwadze, że cena oferty tego wykonawcy była na poziomie obligującym do wezwania - przekraczała 35% różnicę w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia nie zawierają ani jednego konkretnego argumentu ani dowodu na rzecz obniżenia ceny ofertowej. Nie wiadomo, czy wykonawca zamierza te metody zastosować przy realizacji zamówienia ani też, w jaki sposób i czy w ogóle ma to wpływ na wycenę ofertową. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji nt. źródeł wyceny i ich podstaw. Można wręcz stwierdzić, że sprowadzają się do lakonicznego potwierdzenia, że wycena jest prawidłowa, tymczasem przedmiotem wyjaśnień zgodnie z wezwaniem Zamawiającego miały być konkretne podstawy kalkulacyjne.

Sygn. akt 1099/20

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane G. K. REMBUD wniósł odwołanie od czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej F.H.U Instal -Bud S. J. M. w zakresie części I Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z postanowieniami punktu 13.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ w ten sposób, że załącznik do niej w postaci Kosztorysu w poz. 20, 21, 45, 46 i 49 został wypełniony niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, podczas gdy oferta Odwołującego we wskazanym zakresie jest zgodna z SIWZ, w tym Opiszem Przedmiotu Zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 65 Kodeksu cywilnego oraz art. 87 ust. 1 PZP oraz w związku z postanowieniami punktu 13.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego, bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ w części dotyczącej poz. 20, 21, 45, 46 i 49 Kosztorysu w sytuacji, gdy treść oferty Odwołującego we wskazanym zakresie odpowiada postanowieniom SIWZ,

4. art. 89 ust 1 pkt 1 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp oraz 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FUH INSTAL-BUD a w konsekwencji wybór oferty jako najkorzystniejszej pomimo, że jest ofertą niezgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych, zawiera błędy w obliczeniu ceny a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności w sytuacji gdy zaoferowana stawka za jedną roboczogodzinę jest rażąco niska,
5. oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że pozycje 20, 21, 45, 46 i 49 zostały wpisane w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego tj. z naruszeniem postanowienia 13.9 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający nie dopuszcza w opracowywanych kosztorysach ofertowych zmiany nakładów jednostkowych robocizny, zużycia materiałów i pracy sprzętu. Zmiana podstawy wyceny i zaniżenie przedmiarów w stosunku do przedmiaru robót będzie skutkowało odrzuceniem ofert. Wskazał szczegółowo, że jego działania były podyktowane tym, że we wskazanych pozycjach kosztorysu Zamawiający popełnił błędy rachunkowe, które nie pozwoliłyby na zrealizowanie zadania w sposób zgodny z wymaganiami poz. a także obmiarem

Odwołujący podniósł także, iż FUH INSTAL - BUD S. J. M. złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy który wskazuje, że zastosowana dla ustalenia ceny oferty stawka roboczogodziny wynosi 10 zł., co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami a w konsekwencji stawkę tę należy również uznać za rażąco zaniżoną.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający złożył pisemną odpowiedź, w której wniósł o oddalenie odwołań. Odwołujący złożył uzupełniająco pisemną argumentację w zakresie stawki roboczogodziny pracy. Przystępujący FUH Instal Bud S. J. M. złożył pisemne stanowisko w zakresie obu spraw odwoławczych.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W dniu 14 maja 2020r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części I zamówienia publicznego oferty złożonej przez FUH Instal -Bud S. J. M. (dalej:

Instal Bud). W części I Zamawiający przyznał ofertom następującą punktację: Instal - Bud - 100 pkt, Budmax T. Z. (dalej Budmax) - 91,53pkt, AGBUD Group sp. z o.o. sp.k (dalej Agbud) - 86,01 pkt , Rokom Sp. z o.o. - 85,62 pkt, Plonix W. T. P. K. s.c. (dalej Plonix)– 85,61 pkt, ORT - BUD E. S.- 85,34 pkt.

W dniu 11 maja 2020r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części II zamówienia publicznego oferty złożonej przez Przedsiębiorstwa Remontowo - Budowlane Rembud G. K. (dalej Rembud). Oferty nie podlegające odrzuceniu uzyskały następująca liczbę punktów: Plonix W. T. P. K. s.c. (dalej Plonix) – 98,80pkt, Rokom Sp. z o.o. (dalej Rokom) – 96,76 pkt, Agbud Group sp. z o.o. sp.k (dalej Agbud) – 96,75 pkt, ORT - BUD E. S. – 91,98pkt.

Izba ustaliła, że w pkt 13 SIWZ Zamawiający podał opis sposobu obliczenia ceny, gdzie wskazał m.in.:

13.2 Obliczenie ceny oferty należy dokonać poprzez opracowanie szczegółowego kosztorysu ofertowego, który winien zawierać ceny jednostkowe tzn. wartość robocizny bezpośrednio, pracy sprzętu oraz wartość materiałów powiększone o koszty ogólne, zysk oraz koszty zakupu materiałów) - bez podatku od towarów i usług VAT -w ilościach wynikających z przedmiaru robót przy uwzględnieniu ewentualnych uzupełnień przesłanych przez zamawiającego.

13.4 Kosztorys ofertowy opracowany metoda szczegółowa może być sporządzony w dowolnym programie komputerowym (no. Norma) lub ręcznie w sposób spełniający powyższe wymogi. Każda pozycja wyceniana (w oparciu o załączony przedmiar) winna zawierać: podstawę jej wyceny, opis robót, jednostkę miary, ilość jednostek miary, cenę jednostkową brutto (tj. z narzutami-kosztami pośrednimi, kosztami zakupu materiałów i zyskiem). Wyżej wymienione narzuty winny być takie same (wartości procentowe) dla każdej pozycji kosztorysowej w danej branży,

13.5. Wykonawca określa cenę na wszystkie pozycje wymienione w przedmiarze robót z zachowaniem podstawy wyceny w nim określonej. Do ceny oferty należy doliczyć podatek VAT obliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

13.6. W przypadku stwierdzenia przez wykonawcę nieścisłości w przedmiarze robót, w tym również (zdaniem wykonawcy) przyjętej podstawy wyceny robót, wykonawca jest zobowiązany, stwierdzone nieścisłości lub uwagi zgłosić na piśmie do zamawiającego niezwłocznie - (zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający w przypadku uznania rzeczywistych rozbieżności, może je uwzględnić i po uwzględnieniu powiadomi wszystkich wykonawców, w tym przypadku zmiany te należy uwzględnić

w kalkulacji wyceny ofertowej. Nieuwzględnienie zmian (uzupełnień) przesłanych przez zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty.

13.7. Wartość robót określona w oparciu o kosztorys ofertowy jest wynagrodzeniem ryczałtowo- ilościowym. Za niezmiennie do czasu zakończenia realizacji robót przyjmuje się ceny jednostkowe ustalone w kosztorysie ofertowym. Określone w ofercie wynagrodzenie może ulec zmianie wyłącznie w wyniku przyjęcia rzeczywistych obmiarów (na podstawie książki obmiarów) i wynikających stąd różnic w stosunku do kosztorysu ofertowego.

13.8. Przedłożona oferta, a w szczególności kosztorys ofertowy oraz zestawienie cen jednostkowych i tabela elementów scalonych podlegać będzie analizie i ocenie przez komisję przetargową JW 3964 pod kątem jego wiarygodności, kompletności i poprawności opracowania, w tym również zgodności z załączonym do SIWZ przedmiarem robót oraz ewentualnymi uzupełnieniami.

13.9. Zamawiający nie dopuszcza w opracowanych kosztorysach ofertowych zmiany nakładów jednostkowych robocizny, zużycia materiałów i pracy sprzętu. Zmiana podstawy wyceny i zaniżenie przedmiarów w stosunku do przedmiaru robót będzie skutkowało odrzuceniem ofert.

13.10. W przypadku rozbieżności pomiędzy szczegółowym kosztorysem ofertowym, a zestawieniem cen jednostkowych jako wiążące do rozliczeń umownych będą przyjęte kwoty wynikające z opracowanych szczegółowych kosztorysów ofertowych.

13.11. Wszystkie pozycje kosztorysu muszą być wypełnione pod rygorem odrzucenia oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Sygn. akt KIO 1069/20

Izba uwzględniła odwołanie.

W zakresie części I zamówienia Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż zaoferowane w kosztorysach ofertowych wykonawców Instal Bud oraz Rembud stawki godzinowe w wysokości odpowiednio 10 zł i 12 zł są niezgodne z obowiązującymi przepisami w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020r. i są rażąco zaniżone. Przyjmując, iż wymaganie Zamawiającego było zatrudnienie personelu na podstawie umowy o pracę, gdzie minimalne wynagrodzenie, zgodnie z rozporządzeniem z dnia 10 września 2019r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej (Dz.U 2019, poz. 1778) wynosi od dnia 1 stycznia 2020r.- 2600 zł brutto, a średni czas pracy to

169 godzin miesięcznie to minimalna stawka godzinowa brutto wynosi 15,38zł. Stawkę tę należałoby dodatkowo powiększyć o narzuty m.in. składki na ubezpieczenie społeczne oraz narzuty uzupełniające, co daje stawkę godzinową łącznie 21,65zł. Obowiązująca zgodnie z przywołanym rozporządzeniem minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł.

W ocenie Izby, Odwołujący w toku rozprawy wykazał, że stawki 10 zł i 12 zł zaproponowane w kosztorysach ofertowych Instal - Bud oraz Rembud są stawkami nierealnymi, a złożenie ofert z takimi stawkami jest przejawem czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019, 1010 ze zm.) jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wykazał, że aktualnie Związek Zawodowy Budowlani opublikował minimalną stawkę kalkulacyjną na poziomie 21,65zł., jaką zaleca stosować w kosztorysach. (dowód: wydruki ze strony ZZB). Wykazał także, że za I i II kwartał 2020r. zarówno na terenie woj. mazowieckiego, jak i w skali kraju najniższą stawką dla robót inżynierskich była stawka 17zł. (dowód: analizy graficzne przygotowane przez Odwołującego). Stanowisku temu nie zaprzeczyli przystępujący wykonawcy Rembud oraz Instal Bud.

Nie zasługuje na uznanie stanowisko Rembud, zaprezentowane w toku rozprawy, że w swojej ofercie zaproponował stawkę 21,78 zł., która winna zostać obliczona przez powiększenie stawki roboczogodziny 12 zł o wartość narzutów: czyli kosztów pośrednich, które zostały podane na poziomie 65% oraz zysku w wysokości 11%. Zdaniem Izby stawka roboczogodziny podana w kosztorysie jest niezmienna, a zgodnie z metodologią to wysokość kosztów pośrednich jest liczona od wartości robocizny i sprzętu a nie odwrotnie. Z kolei zysk jest zależny od wartości robocizny i sprzętu powiększonej o koszty pośrednie. Koszty pośrednie to koszty ogólne działalności firmy, koszty budowy oraz związane z zarządzaniem przedsiębiorstwem. Koszty te obejmują m.in. koszty marketingu i reklamy firmy, koszty delegacji, eksploatacji samochodów, koszty biurowe, a także ubezpieczenie budowy, narzuty na płace stałego personelu budowy (kierownik, majstrowie itp.). koszty bezpieczeństwa budowy, zużycia sprzętu. itp. Koszty te nie wpływają na zwiększenie stawek roboczogodziny zaproponowanych w kosztorysie.

Stanowisko zaprezentowane przez wykonawcę Instal Bud w zakresie stawki roboczogodziny odwołuje się jedynie do udzielonych w dniu 30 czerwca 2020r. przez tego wykonawcę wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokości ceny. Jednak zauważyć należy, że

Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na rażąco niską cenę. Z tych względów ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1 a Pzp jest bezprzedmiotowa dla rozstrzygnięcia sporu. Niemniej jednak Izba dokonała analizy złożonych przez Instal Bud wyjaśnień z dnia 30 czerwca 2020r. i stwierdziła, że wykonawca nie podał w nich żadnych racjonalnych powodów zastosowania stawki roboczogodziny na poziomie 10zł., która jest na poziomie znacznie niższym niż minimalna stawka godzinowa.

Na marginesie Izba wskazuje, że złożone w dniu 3 lipca 2020r., po terminie rozprawy, pismo - uzupełniające stanowisko Odwołującego dotyczące stawek roboczogodziny wraz z załączonym oświadczeniem biegłego Rzecznawcy Kosztorysowego Pana D. J., nie może być wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu sporu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 *in fine* Pzp strony i uczestnicy postępowania mogą składać dowody na poparcie swoich twierdzeń do czasu zamknięcia rozprawy. Składanie jakichkolwiek dowodów, pism w terminie późniejszym jest niedopuszczalne i nie może być przez Izbę uwzględnione.

W konsekwencji, wykonawcy Instal - Bud oraz Rembud przyjęli w sporządzonych kosztorysach ofertowych stawki niezgodne z przepisami, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, skutkujący koniecznością odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

W zakresie zarzutu dotyczącego oferty Budmax Odwołujący podniósł, że wszystkie pozycje kosztorysowe w ofercie tego wykonawcy zawierają wyłącznie koszty bezpośrednie i nakłady rzeczowe, a jednocześnie nie uwzględniają i pomijają całkowicie wymagane narzuty takie jak: koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów oraz zysk. Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny, bowiem istotnie w kosztorysie ofertowym Budmax nie podano, mimo jasnych wskazań w tym zakresie zawartych w SIWZ, kosztów bezpośrednich oraz narzutów: koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk. Niezgodność powyższa w kosztorysie BUDMAX nie może zostać usunięta przez uzupełnienie czy wyjaśnienie kosztorysu.

W zakresie niewłaściwej punktacji przyznanej Odwołującemu, Izba ustaliła, że oferta Agbud z ceną wyższą otrzymała większą liczbę punktów niż oferta Odwołującego z ceną niższą, przy jednakowej punktacji w pozostałych kryteriach (gwarancja i termin wykonania) . Zamawiający w toku rozprawy przyznał, iż w punktacji doszło do omyłki. Wobec tego przy

ponownej ocenie ofert Zamawiający jest zobowiązany uwzględnić poprawną punktację przyznaną ofertom niepodlegającym odrzuceniu.

W zakresie części II zamówienia, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zastosowania zaniżonej stawki roboczogodziny w kosztorysie Rembud (12 zł). W tym zakresie Izba odwołuje się do argumentacji dotyczącej części I zamówienia i stwierdza, że zaszyły przesłanki do odrzucenia oferty Rembud w części II zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących poz. 43 i poz. 44 kosztorysu ofertowego Rembud, gdzie zdaniem Odwołującego wykonawca dodał dodatkowy nakład podczas gdy wycenie w tych pozycjach miała podlegać wyłącznie robocizna, Izba uznała że zarzut ten nie zasługuje na uznanie. We wskazanych pozycjach kosztorysu Zamawiający dopuścił „kalkulację własną” (indywidualną), co zdaniem Izby uprawniało wykonawcę do wyceny pozycji wg własnych ilości materiałów, niezbędnych do realizacji. Stąd wykonawca mógł dodać w tych pozycjach konieczny wg niego nakład materiału.

W zakresie dokumentu polisy OC złożonego przez Wykonawcę Rembud, który zdaniem Odwołującego, nie potwierdza, że na dzień złożenia ofert w postępowaniu wykonawca ten posiadał ubezpieczenie OC spełniające warunki udziału w postępowaniu, Izba ustaliła co następuje: Zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca, ubiegając się o zamówienie w zakresie części II zamówienia musiał wykazać się posiadaniem ubezpieczenia OC na sumę co najmniej 700 000 zł. Weryfikacja tego warunku miała nastąpić na podstawie polisy wraz z dowodem opłacenia składki.

Wykonawca wybrany w Części II – REMBUD, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 maja 2020r. wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp złożył polisę seria K nr 26006496 wystawioną dnia 22 kwietnia 2020r., tj. po terminie składania ofert w postępowaniu, gdzie wskazano okres ubezpieczenia - 27.04.2020-26.04.2021.

Izba stoi na stanowisku, że przedstawiona przez Rembud polisa OC jest prawidłowa i potwierdza, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2 Pzp, że na dzień jej złożenia wykonawca posiadał aktualne ubezpieczenie OC.

Dokonując oceny podmiotowej wykonawcy Zamawiający opiera się na informacjach zawartych w dokumentach JEDZ lub oświadczeniach aktualnych na dzień składania ofert, które stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Składane, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ lub oświadczeniach, a przez fakt, że przedłożone

dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia cel wprowadzenia w przepisach Pzp regulacji, zgodnie z którą wykonawcy nie mają obowiązku składania wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, a dokumenty te są wymagane dopiero do wykonawcy, które oferta została oceniona najwyżej.

W zakresie zaniechania odrzucenia z postępowania oferty PLONIX, pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że zarzut jest zasadny. Zamawiający wezwał w dniu 9 marca 2020r. wykonawcę Plonix do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty mając na uwadze, że cena oferty tego wykonawcy była na poziomie obligującym do wezwania - przekraczała 35% różnicę w stosunku do wartości zamówienia.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone w dniu 10 marca 2020r. przez Plonix są lakoniczne i zawierają jedynie ogólne zapewnienie, że wycena jest prawidłowa, a cena zawiera wszystkie koszty składające się na należyte wykonanie przedmiotu umowy i została obliczona na podstawie kalkulacji zawierającej wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania. Wyjaśnienia nie zawierają ani jednego konkretnego argumentu czy dowodu, uzasadniającego możliwość obniżenia ceny ofertowej, nie podają żadnych informacji nt. źródeł wyceny i ich podstaw, uzasadniających koszty wykonania usługi. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Winien on zatem dołożyć wszelkiej staranności, oczekiwanej od profesjonalnego wykonawcy, aby w sposób rzetelny i możliwie kompleksowy wyjaśnić okoliczności, które miały wpływ na cenę oferty.

Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy Plonix nie są wyczerpujące, pełne i z tych względów należy uznać, że wykonawca nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Sygn. akt KIO 1099/20

Izba uwzględniła odwołanie.

W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego w części I zamówienia, Izba ustaliła, że w dniu 14 maja 2020r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Rembud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzając że:

- w poz. 20 - zmiana normy zużycia materiału z 2 szt na 4 szt kręgi żelbetowe,

- poz. 21 zmiana normy zużycia materiału z 2,06szt/m na 1,03szt/m prefabrykaty ściekowe,
- poz. 45 zmiana normy zużycia materiału z 3szt/szt. na 6szt/sz kręgi żelbetowe,
- poz. 46 zmiana normy zużycia materiału 2,06 szt./szt. na 1,03 szt./szt prefabrykaty ściekowe,
- poz. 49 dodano pozycje (materiał).

Zdaniem Izby, odrzucenie oferty Rembud z uwagi na wyżej wskazane uchybienia w kosztorysie ofertowym nie było zasadne. Odwołujący wykazał, że kwestionowane pozycje przedmiaru robót, przygotowanego przez Zamawiającego zawierały błędy i sprzeczności w zakresie ilości czy rodzaju materiałów. Dlatego też działanie wykonawcy, zmierzające do usunięcia tych rozbieżności i wyceny w sposób rzetelny poszczególnych pozycji kosztorysowych należy uznać za prawidłowe. Izba odwołuje się w tym zakresie do ugruntowanego orzecznictwa, z którego wynika, że wszelkie błędy i niejasności w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania nie mogą wywoływać negatywnego skutku po stronie wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z poz. 20 kosztorysu bez cen wykonawca zobowiązany by do wyceny „wykonania studni chłonnych z kręgów o śr. 1,2 m o głębokości 2,0 m, obmiar - 3.00 szt. Przy tej pozycji podano: M: 2szt kręgów żelbetowych o wymiarach 120/60 przy średnicy 120cm przy budowie jednej studni. Wskazany przez Zamawiającego materiał, biorąc pod uwagę to, że jedna studnia ma mieć głębokość 2 m pozwoliłby na wybudowanie studni o głębokości max 1,20m. Z tych względów wykonawca, w celu prawidłowego wykonania i wyceny tej pozycji przyjął 4 szt. kręgów żelbetowych o wymiarach 120/60 przy średnicy 120cm.

Analogiczna sytuacja była w poz. 45, w której Zamawiający wymagał wybudowania studni chłonnej z kręgów o śr. 1m i głębokości 2m, obmiar - 3 szt. Zamawiający błędnie przyjął, że do wybudowania studni wystarczą 3 kręgi żelbetowe 100/60 średnica 100cm. Aby zapewnić rzetelne wykonanie w poz. 45 wykonawca przyjął 5szt kręgów żelbetowych o wymiarach 100/60 i średnicy 100cm.

W poz. 21 przedmiaru Zamawiający podał wykonanie prac w zakresie montażu odwodnienia liniowego typu ASO – koryta odwadniające w ilości 60,00m, jednocześnie wskazał w podpozycji materiał: prefabrykaty ściekowe 60x50x20cm 2,06szt/m W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał także na „odwodnienie liniowe klasa B-125”.

W przekazanej wykonawcom dokumentacji istniała zatem rozbieżność co do materiału, Zamawiający z jednej strony oczekiwał wyceny systemu ACO a z drugiej wskazał na użycie prefabrykatów ściekowych. Analogiczna niespójność wystąpiła w poz. 46 przedmiaru.

W poz. 49 kosztorysu obejmującej „wykonanie dokumentacji powykonawczej geodezyjnej” Zamawiający podał kalkulację własną, z tych względów dodanie materiału, który zdaniem wykonawcy jest niezbędny do wykonania tej pozycji nie jest błędem.

Niezależnie do tego, że oferta Rembud w części I została w sposób nieprawidłowy odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to Izba zwraca uwagę, że w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania ROKOM w części I zamówienia w zakresie zaoferowanej przez Rembud stawki roboczogodziny oferta tego wykonawcy i tak podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniżenia stawki roboczogodziny w ofercie Instal- Bud Izba, uznając ten zarzut za zasadny odwołuje się do argumentacji jak w odwołaniu ROKOM.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: